

PROCESSO - A. I. Nº 207162.0056/03-7
RECORRENTE - PETRORECÔNCAVO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0395-02/03
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18/04/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0089-11/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O fato gerador do ICMS ocorre no ato do desembaraço aduaneiro (aspecto temporal), e a lei considera-o verificado no local do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso é a Bahia. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário à Decisão, relativa ao Auto de Infração, lavrado em 09/07/2003, exigindo R\$3.571,58 de imposto, mais multa, pela falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

No decurso deste PAF, em Primeira Instância a ilustre JJF julgou Procedente o Auto de Infração (Acórdão JJF nº 0395-02/03); em sequência, o contribuinte apresentou tempestivamente seu Recurso Voluntário, nesta irresignação pretendendo, no âmbito administrativo, ver afastada a cobrança da multa e dos acréscimos moratórios, assim como a não inscrição em Dívida Ativa, considerando a situação fática de achar-se acobertado por Decisão judicial.

No relatório do ilustre Conselheiro (Acórdão nº 0017-11/06) é tratado o Auto de Infração em comento, o qual exige o ICMS não recolhido no momento do desembaraço aduaneiro neste Estado, incidente sobre mercadorias importadas pelo contribuinte, conforme Declaração de Importação anexa aos autos.

Destaca a obtenção, pelo autuado, de medida liminar em mandado de segurança, impetrado contra a Fazenda Pública Estadual, situação na qual é suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

Após lavratura do Auto de Infração, segue narrando, o contribuinte apresentou a defesa inicial, fls. 22 a 43 dos autos, apenas suscitando a inconstitucionalidade da Emenda nº 33/2001, bem como a ilegalidade do lançamento de ofício quanto à exigência tributária.

A ilustre 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no anterior Acórdão CJF nº 0679-11/03, havia considerado prejudicada a defesa e julgou pela extinção do processo administrativo fiscal, sob a ótica singular de que o contribuinte havia recorrido à via judicial; não foram apreciadas questões, como a relativa à possibilidade, ou não, de incidência da multa por descumprimento de obrigação principal e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido no Auto de Infração, bem como à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, violando a ampla defesa e ao contraditório, conforme acentuado pela PGE/PROFIS.

A apreciação deste Recurso Voluntário, anterior e tempestivamente apresentado pelo recorrente, decorre do Acolhimento da Representação da PGE/PROFIS encaminhada mediante despacho do Procurador-Chefe Dr. Jamil Cabús Neto (fls. 219 a 221), ratificando o Parecer exarado pela Dra. Leila Von Sösten Ramalho, no exercício do controle da legalidade (fls. 216 e 217), fundamentada no artigo 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 114, § 1º, do RPAF/99, propondo que seja declarada a nulidade da Decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0679-11/03, que extinguiu o presente processo administrativo fiscal considerando prejudicada a defesa, com a seguinte argumentação:

1. *“O presente lançamento foi lavrado em virtude da ausência de recolhimento do ICMS incidente sobre importação de mercadorias, quando do desembaraço aduaneiro;*
2. *Intimado da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte apresentou impugnação suscitando a inconstitucionalidade da autuação e, posteriormente em Recurso Voluntário, alegou a impossibilidade de aplicação de multa por descumprimento de obrigação principal e acréscimos moratórios, considerando que a falta de recolhimento do ICMS decorreu de Decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário em momento anterior ao lançamento (Mandado de Segurança nº 8574891/01, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital);*
3. *As alegações do contribuinte sequer foram apreciadas pelo CONSEF, haja vista que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão nº 0679-11/03 (fls. 177 a 180), considerou prejudicado o Recurso Voluntário interposto e declarou extinto o processo administrativo fiscal, com fundamento no artigo 126, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB);*
4. *Ao agir dessa forma, a Câmara de Julgamento Fiscal olvidou que a defesa administrativa ficou prejudicada apenas quanto à matéria que, ventilada judicialmente, será decidida pelo Poder Judiciário;*
5. *Ocorre que o autuado suscitou, no processo administrativo fiscal, a ilegitimidade da aplicação de multa e acréscimos moratórios e o não cabimento da inscrição do débito em dívida ativa, questões que não foram levantadas - e, portanto, não serão decididas - nos autos do Mandado de Segurança impetrado.*

Por fim, a PGE/PROFIS salienta que é incabível a aplicação do artigo 126, do COTEB e, além disso, a recusa de julgamento administrativo a respeito da matéria ventilada no PAF “implica ofensa ao princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório”.

Em seu despacho, o Dr. Jamil Cabús Neto (fls. 219 a 221) argumenta que a regra inserta no artigo 117, do RPAF/99 não tem aplicação ao caso em exame, pois o Recurso Voluntário não versa exclusivamente sobre a questão discutida no âmbito do Poder Judiciário, contendo referência às “consequências decorrentes da propositura de ação judicial, obtenção de ordem judicial para

suspensão do crédito tributário, e, paralelamente, exigência de multa no Auto de Infração”.

Acrescenta que no nível federal a matéria encontra-se expressamente disciplinada no artigo 63, da Lei nº 9.430/96, entretanto, como na legislação estadual não existe dispositivo expresso sobre a questão, compete ao CONSEF apreciar o caso e aplicar o direito utilizando-se, para tanto, dos diversos métodos de interpretação.

Destaca que a Câmara de Julgamento Fiscal, ao deixar de apreciar a matéria suscitada pelo contribuinte (que versa também sobre a aplicação da multa), violou a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Concluindo deva ser feita Representação para afastar a Decisão da Segunda Instância, determinando-se o retorno dos autos para que seja apreciada a questão relativa à possibilidade de incidência da multa na constituição do crédito tributário destinado a prevenir a decadência, nos casos em que a exigibilidade esteja suspensa por ordem judicial, ao final destaca, com o intuito de subsidiar o julgamento por este CONSEF, o disposto na Súmula nº 405, do Supremo Tribunal Federal: *“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da Decisão contrária”*.

Emitido o voto pelo Acolhimento da Representação proposta para julgar Nula a Decisão recorrida, retornaram os autos à Segunda Instância para novo julgamento.

Em sede de Recurso Voluntário apresentado por advogados prepostos do recorrente, às fls. 130 a 137 dos autos, destacam o apontamento do equívoco no julgamento, pela Procedência total da autuação, incluindo aí as penalidades, contradizendo o próprio Acórdão o qual afirmava haver autorização judicial para a não realização do pagamento, o que carece de reforma. Outro equívoco aventado pelo recorrente, situou-se na conclusão do referido Acórdão, deixando transparecer a possibilidade de inscrição em dívida ativa (fica suspensa a exigibilidade, até Decisão pelo poder Judiciário), o que seria ato de exigibilidade, inclusive afastado até por Decisão da ilustre JF.

Assevera o recorrente, citando art. 160 CTN, que o vencimento do crédito tributário somente ocorreria quando o recorrente fosse intimado da Decisão judicial transitada em julgado, a qual reformasse o entendimento favorável dado pela justiça com relação ao não pagamento do imposto. A este respeito, transcreve o art. 63 (Débitos com exigibilidade suspensa) da Lei nº 9430/96, o qual rege não caber lançamento de multa de ofício da constituição de créditos tributários desde que com suas exigibilidades suspensas, e seu § 2º que disciplina *“a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar, interrompe a incidência de multa de mora, desde a concessão até 30 dias após a publicação da Decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição”*.

Passando ao comentário da questão relativa à inscrição em Dívida Ativa, reafirma que o referido Acórdão não poderia reconhecer a suspensão da exigibilidade e ainda assim determinar a inscrição em Dívida Ativa, tecendo comentários e citações de textos legais com implicações nesta questão.

Em novo pronunciamento às fls. 235 a 238 dos autos a PGE/PROFIS se manifesta pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, destacando o seguinte:

“Quanto à incidência do imposto na importação da mercadoria, entendo que o Recurso encontra-se Prejudicado, não devendo haver manifestação do mérito pelo CONSEF sobre tal matéria, já que está será apreciada pelo Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança.

No que à aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal não há que se falar em ilegalidade quanto aos termos da decisão recorrida, uma vez que, em pese as alegações do contribuinte, não existe qualquer impossibilidade de aplicação das penalidades moratórias.

Da forma como foi, a lavratura do Auto de Infração é perfeitamente cabível, ainda que sua exigibilidade esteja suspensa por força de medida liminar.

Neste sentido, este ato jurídico - constituição do crédito tributário através da lavratura do Auto de Infração – teria o condão de evitar os efeitos da decadência marcando os termos da futura exigibilidade do crédito tributário, caso o Mandado de Segurança seja julgado Improcedente. Saliente-se que este mesmo raciocínio há de pautar a atividade administrativa fiscal no que se refere à aplicação de multa e acréscimos moratórios.

Não se deve olvidar, ademais, que a natureza precária das liminares concedidas em sede de provimentos cautelares, por si só, conduz a conclusão no sentido de que a liminar não afasta a posterior cobrança de penalidades moratórias, se a decisão liminar não for confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Cabe considerar, contudo, que, como durante a vigência da liminar o contribuinte encontrava-se amparado por uma norma individual e concreta que permitia o cálculo da base de cálculo nos valores por ele apurados, deverá ser-lhe aberta a oportunidade de quitar o débito sem incidência das penalidades moratórias, caso o provimento definitivo seja no sentido oposto à da liminar concedida.”

Cita entendimentos do STJ a esse respeito e conclui com os seguintes argumentos:

“(…) o caráter de precariedade das decisões liminares não pode afastar a aplicação das penalidades moratórias, caso não seja confirmada na ulterior decisão definitiva de mérito. Em sendo assim, a expedição do lançamento destas importâncias, mediante a inclusão das multas de mora no Auto de Infração é necessária para que seja possível sua posterior cobrança, evitando-se os efeitos da decadência.

Por outro lado, de acordo com que foi exposto acima, tendo em vista a existência da liminar amparando o comportamento do contribuinte, deve-lhe ser aberta oportunidade de quitar o débito, no prazo legal, de forma espontânea, sem incidências das penalidades moratórias, caso ocorra a cassação da liminar, já que, como visto, não houve ainda cometimento de infração por parte do contribuinte. Esse, aliás, tem sido o entendimento reiterado do CONSEF em situações idênticas.

Quanto à inscrição em Dívida Ativa, entendo, data vênia, que não se trata de ato incompatível com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, já que o contribuinte enquanto perdurar tal situação, terá direito a certidão positiva com efeito negativo, não importando, pois, nem em ato de execução, nem em prejuízo ao contribuinte.”

VOTO

Tendo em vista as considerações retro expostas, ficou patente, e desta forma têm sido tratadas as situações semelhantes a lide, que a medida liminar de Mandado de Segurança de nº 8574891/01, determinou à Superintendência da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda Estadual abster-se provisoriamente de exigir do recorrente o pagamento do imposto incidente na importação de bens que são utilizados em suas prestações de serviços, do que decorre a suspensão do procedimento fiscal em curso.

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, concordo com o Parecer da PGE/PROFIS, de que é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Por outro lado, entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Sendo assim, ACOELHO o opinativo da PGE/PROFIS e considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVIDO**, em relação às penalidades e cominações legais, o Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **207162.0056/03-7**, lavrado contra **PETRORECÔNCAVO S/A**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS